



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 1 | janeiro/abril 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho*

The central pillars of the division of powers in the constitutional rule of law

JUAN GUSTAVO CORVALÁN**

Universidad de Buenos Aires (Argentina)
juancorvalan@derecho.uba.ar

Recebido/Received: 24.10.2014 / October 24th, 2014

Aprovado/Approved: 06.11.2014 / November 06th, 2014

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto describir la transformación que ha sufrido el concepto de división de poderes desde que fue concebido en la obra de Montesquieu hasta sus ejes centrales en el marco del nuevo paradigma de Estado Democrático Constitucional de Derecho. En este contexto, entiendo que el nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo, como rama autónoma del derecho público pues, por un lado, debe propender a la ordenación, disciplina y modulación del poder y por el otro, debe ser flexible, dinámico y funcional de modo tal que se torne eficaz y eficiente en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible procedimientos y procesos estandarizados universalmente). El artículo concluye que el objetivo actual de la división de poderes es efectivizar la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad.

Palabras clave: división de poderes; Estado de Derecho; protección de los derechos humanos; Derecho Constitucional; Constitución Argentina.

Abstract

This paper aims to describe the transformation experienced by the concept of division of powers since it was conceived in the work of Montesquieu to its central pillars in the new paradigm of democratic constitutional rule of law. In this context, I understand that the new paradigm assigns a dual purpose to the principle of separation of powers and to administrative law, as an independent branch of public law, because on one hand it has to tend to the organization, discipline and modulation of power, and on the other hand, it must be flexible, dynamic and functional so that it can become effective and efficient in regulating the state action (using inescapably procedures and processes universally standardized). The paper concludes that the current objective of the division of powers is to guarantee the defense and protection of freedoms and the realization of the rights in a framework of flexibility.

Keywords: division of powers; rule of law; protection of human rights; Constitutional Law; Argentine Constitution.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>

* El presente trabajo es parte de mi tesis doctoral recientemente aprobada por la Universidad del Salvador (Argentina) y que se encuentra actualmente en prensa a publicarse por la Editorial Astrea.

** Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina), Doctor en Derecho (Universidad del Salvador) y Abogado (Universidad de Buenos Aires). Presidente de DPI (Derecho para Innovar) y Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-mail: juancorvalan@derecho.uba.ar

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Algunas precisiones sobre el concepto “división de poderes”; **3.** Lineamientos fundamentales de la formulación histórica de la división de poderes; **4.** La reconstrucción de la división de poderes a la luz del nuevo paradigma del estado constitucional; **5.** El impacto del derecho supranacional en la división de poderes; **6.** El impacto de los valores de “eficacia” y “eficiencia” en la división de poderes; **7.** Fragmentación del Poder; **8.** La “división de poderes” en la Constitución Argentina; **9.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo intentaremos efectuar una reconstrucción de los contornos actuales del concepto de división de poderes desde la óptica del Estado Constitucional de Derecho.

Para ello, en primer lugar debemos entender su génesis y su evolución histórica. Esto nos permitirá entender porqué hoy en día el principio de legalidad y la división de poderes son en realidad las dos caras de un mismo fenómeno: la limitación del poder del Estado por el derecho y en particular, por un instrumento jurídico específico: las constitucionales nacionales de los Estados y el sistema de protección internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, veremos que hablar hoy de división de poderes carece del sentido que tradicionalmente se le asignó al concepto, más bien hoy puede hablarse de competencias y controles mutuos entre los distintos órganos que componen el Poder del Estado en pos de la protección de las personas y sus derechos fundamentales.

En este nuevo paradigma de Estado Constitucional Democrático de Derecho, los derechos fundamentales se encuentran incorporados al ordenamiento constitucional como el derecho sobre el derecho en forma de vínculos y límites a la producción jurídica¹.

El nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público pues, por un lado, debe propender a la ordenación, disciplina y modulación del poder y por el otro, debe ser flexible², dinámico y funcional de modo tal que se torne eficaz³ y eficiente en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2 ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 19.

² Nótese que la flexibilidad es un rasgo que se le asigna al derecho comunitario. Ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo A.; DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 363. Además, los precitados autores le asignan al derecho comunitario las siguientes características: i) pragmatismo; ii) operatividad; iii) instrumentalidad; iv) supremacía; v) uniformidad.

³ Se ha reconocido al principio de eficacia como un principio constitucional. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 167.

procedimientos y procesos estandarizados universalmente). De este modo se presume, *iuris tantum*, que se asegura la efectividad de los derechos fundamentales⁴.

En este contexto, el objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas⁵, sino que su fin actual es “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. De esta maneja la eficacia del Gobierno (y por tanto de la división de poderes) debe: **i)** estar al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y **ii)** utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

En definitiva, en las siguientes líneas intentaré delinear la nueva imagen de la división de poderes en el Estado Democrático Constitucional.

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO “DIVISIÓN DE PODERES”

La noción “división de poderes” es una expresión polisémica⁶ que por lo general aglutina los siguientes elementos: el poder, su separación, su equilibrio, a través de controles mutuos, los órganos, y las funciones o potestades que ejercen los tres principales “poderes” -entendidos como órganos- del Estado.

Entre otros argumentos, decidimos mantener la utilización del término “división de poderes”, básicamente por razones; a saber: por cuestiones de identificación y habida cuenta que se presenta como una “idea fuerza”⁷. Ello no obstante, a nuestro juicio es pertinente precisar el contenido de la fórmula en los términos que enunciamos a continuación⁸.

Veamos.

La expresión “división de poderes” asume, cuando menos, dos significados distintos: **i)** en el sentido de “*división entre poderes*” y **ii)** relativa a la “*división del poder*”⁹. En ambos significados, los términos “división” y “poder” son utilizados de modo diverso.

⁴ En un sentido similar, aunque sin referirse a la separación de poderes, ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 26.

⁵ Según Gordillo, el objetivo de la división de poderes no es el de propiciar la mayor “eficacia” del gobierno sino a la inversa, “...frenarlo en la tutela de las libertades públicas”. Ver GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. II-3 y en consonancia en ps. III-6 - III-7.

⁶ Este término referido a la polisemia, se vincula con la pluralidad de significados en el plano lingüístico.

⁷ Ver BARRA, Rodolfo C. La resolución judicial de los denominados Conflictos de los Poderes. **Temas de Derecho Público**, RAP, Buenos Aires, 2008. p. 143, nota n° 3.

⁸ Seguimos en este aspecto a FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 817 y ss.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 817

La “división *entre* poderes” utiliza la noción “división” como “separación”, y el término “poderes”, se refiere a las funciones distintas atribuidas a órganos distintos.

La “división *del* poder”¹⁰ utiliza la locución “división” como “distribución” y la palabra “poder”, alude a la asignación de una determinada función a un órgano. En este supuesto el poder se “distribuye” entre tres órganos que ejercen tres funciones esenciales (legislativa, administrativa, judicial o jurisdiccional).

Ambas nociones “división *entre* poderes” y “división *del* poder”, tienen como correlato, o bien responden a dos doctrinas diversas: **i)** la doctrina de la separación de los poderes (*división entre poderes*) y **ii)** la teoría de los frenos y contrapesos -check and balances- (*división del poder*).

En la doctrina moderna, la noción “división de poderes” por lo general suele integrar ambas categorías. En general se alude a la “separación” en el sentido de la concepción clásica de Montesquieu¹¹ y, al mismo tiempo, se reconoce que la organización del poder determina coordinación y equilibrio.

Recapitulemos y sentemos el punto de partida en nuestra definición.

En un *sentido amplio*, la “división de poderes” se compone de una red compleja de divisiones (distribuciones) y separaciones, de interacciones e incompatibilidades, de vínculos y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias¹².

En un *sentido restringido*, la llamada “separación de poderes” (la “división del poder”) es una “norma de competencia”¹³ que determina ciertas incompatibilidades y puede ser -cuando menos- de dos tipos: orgánica y funcional. En ambos casos, se pretende diferenciar planos institucionales y, fundamentalmente, núcleos esenciales funcionales, no disponibles frente a los otros órganos¹⁴.

3. LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA FORMULACIÓN HISTÓRICA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Para una mejor comprensión de nuestro cometido, hemos decidido exponer, en una síntesis extrema, los puntos centrales en torno a la llamada “división de poderes” a partir del constitucionalismo moderno.

Veamos.

¹⁰ Ferrajoli define a la división del poder como una norma competencial que distribuye entre varios órganos y funcionarios la competencia para las mismas funciones institucionales. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 818.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 823.

¹² Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 844.

¹³ Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 820.

¹⁴ Ferrajoli alude a la incompatibilidad de unas funciones con otras en manos de un mismo sujeto. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 819 y 820.

a) El aspecto teleológico del principio de división de poderes

El principio de la “división de poderes” en sentido amplio ha demostrado su utilidad en el ámbito mundial¹⁵. El constitucionalismo moderno asoció la “separación de poderes” con dos cuestiones esenciales que están estrechamente vinculadas: **i)** la búsqueda de los límites o el control del poder estatal (que pretende prevenir el gobierno tiránico) y **ii)** la defensa de la libertad individual.

Estos objetivos han sido descriptos como los dos fines materiales de la doctrina. Uno “objetivo” determinado por el control recíproco entre los poderes. Otro “subjetivo” que se refiere a la protección y a la defensa de la libertad y los derechos individuales.

Por lo general, la preocupación por el contorno que asumió la doctrina de la separación de poderes puede ser esquematizada bajo los siguientes interrogantes: **i)** ¿cómo controlar al poder para contener su natural tendencia a su abuso? y **ii)** ¿cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?

b) Entrelazamiento de doctrinas. Imposibilidad de aplicar el principio de separación de poderes en términos absolutos

La llamada “división de poderes” en sentido amplio presenta en su seno una combinación de dos doctrinas. Por un lado la doctrina de la separación de poderes y, por otro, la doctrina de los frenos y contrapesos. Entre ambas suelen formar la llamada “división de poderes” que en un sentido clásico se erige como un principio del Estado constitucional moderno que pretende asegurar un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder público por los órganos más idóneos al efecto¹⁶.

En cada país la problemática de la “división de poderes” ha discurrido por encontrar un balance entre dos extremos: por un lado, la versión rígida de la separación de poderes que determina la exclusividad en el reparto de funciones. Esta formulación radical no ha podido ser aplicada estrictamente en la práctica.

Por otro, la admisión de que los principales órganos del Estado ejerzan, desde el plano material, ciertas funciones asignadas a los otros dos órganos principales.

Entre ambos escenarios se desarrollan, con diversos matices, las llamadas cuestiones políticas no justiciables y las parcelas o fragmentos -aunque mínimos- de la actividad administrativa inmune al control jurisdiccional^{17,18}.

¹⁵ Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13° año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 223.

¹⁶ Ver, BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 230 y doctrina alemana citada en nota 30.

¹⁷ Las cuestiones no justiciables, la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen categorías en las que se suele configurar fragmentos o espacios en los cuales el juez contencioso administrativo no puede equilibrar los bienes concurrentes y de ahí que se postule su irreversibilidad judicial.

¹⁸ Sobre el tema en el Derecho brasileño: OLIVEIRA, Aline Silva de. Discrecionalidade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo

En una síntesis radical podríamos afirmar que a partir del constitucionalismo moderno, uno de los grandes desafíos de la organización del poder estatal, ha sido sin dudas el rol que tienen que cumplir los poderes legislativo y judicial en la definición y el control de las potestades que corresponden al Ejecutivo/ Administración en el marco de la división de poderes¹⁹.

c) Imposibilidad de que exista confusión en términos absolutos

En la mayoría de los esquemas constitucionales analizados en los diversos países, al igual que la gran mayoría de los autores, coinciden en esencia en el hecho de que *no puede existir confusión de poderes en términos absolutos*. Debe mantenerse un núcleo o zona en la cual cada órgano posea un ámbito propio de actuación tanto en el plano institucional como en el funcional²⁰. Aquí es donde se suele encontrar el fundamento para la admisión de la deferencia norteamericana, la teoría de la esencialidad alemana, los llamados actos de gobierno o políticos de la doctrina francesa, y las cuestiones políticas en nuestro país.

d) Matices del principio de división de poderes según el modelo de organización político-jurídico del Estado

La doctrina de la separación de poderes, desde un punto de vista clásico, adquiere matices diferenciales si se tiene en consideración las siguientes cuestiones esenciales: **i)** que se constituya un sistema presidencialista o parlamentarista; **ii)** que se instaure un sistema judicialista -puro o mixto- o un sistema de control tipo francés, y **iii)** que el control de constitucionalidad sea difuso o concentrado.²¹

Alguno y/o todos estos fenómenos perfilan la separación de poderes de forma tal que, por ejemplo, frente a un control de constitucionalidad difuso como el nuestro, asume otra relevancia -menor a nuestro juicio- la distinción entre Gobierno y Administración.

e) La división de poderes como fundamento de la distinción entre Gobierno y Administración

La doctrina de la separación de poderes ha fundamentado, directa o indirectamente, dos planos de obrar.

En uno, se sitúan “poderes” (funciones) que se suelen denominar “principales, esenciales, sustanciales y autónomos”.

Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

¹⁹ En consonancia, MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: lustel, 2009. p. 518.

²⁰ La verdadera y auténtica discusión se relaciona con los límites y la extensión de estas zonas o núcleos.

²¹ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. A legitimidade da jurisdição constitucional do processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

Ellos generalmente responden a una atribución constitucional expresa, no requieren habilitación legislativa y emanan de la cabeza de los tres órganos principales. En este plano, el avance del derecho se ha configurado con menor intensidad aunque en los últimos 30 años la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiende a replegarse cada vez más.

En un plano infra constitucional se desarrollan otros “poderes” –funciones- “instrumentales, secundarios, inferiores”. En el plano del Poder Ejecutivo, éstos se cristalizarían a nivel de los cuadros de la Administración Pública. Aquí es donde se ha producido el mayor avance de la juridicidad en el obrar.

El reconocimiento de ambos planos suele venir precedido por la escisión entre Gobierno y Administración²².

4. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES A LA LUZ DEL NUEVO PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y luego de transcurrida la primera década del siglo XXI, podemos afirmar que se han transformado de forma radical los contornos que rodean la organización del poder del Estado. El surgimiento del Estado constitucional de Derecho asigna un rol central a la actividad prestacional del Estado, del mismo modo que se verifica un cambio sustancial en la concepción de éste en relación con los ciudadanos.²³

El nuevo paradigma se erige sobre la *noción de Estado constitucional de derecho*.²⁴

Esta Estado se decodifica a la luz de un sistema de normas “metalegales” destinadas al legislador y a la Constitución²⁵. De ahí que el derecho de las modernas democracias constitucionales²⁶ se diferencia de otros sistemas por dos esenciales características estructurales:

- i. Por su carácter positivo, artificial y convencional;

²² Según Luhmann, “La función más importante de esta separación entre política y administración pública quizás consiste en que la administración asegura la independencia de decisiones frente al público”. Ver LUHMANN, Niklas, **Los derechos fundamentales como institución**: Aportación a la sociología política Colección Teoría Social. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 259.

²³ DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

²⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

²⁵ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 802 y 803.

²⁶ El Estado constitucional se caracteriza, además, por el extenso número de principios que la Constitución acogió directamente en su texto. Según Muñoz Machado, las constituciones han positivizado y situado en lo más alto a ciertos principios que antes no eran escritos y estaban al margen de las leyes. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: lustel, Madrid, 2009.

- ii. Por el sometimiento de sí mismo al derecho en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos.

Ambas características estructurales son las que definen al Estado constitucional de derecho²⁷ y provocan una consecuencia cardinal: "...en el estado de derecho los poderes nunca son "absolutos". No son jamás facultades de decidir "en cualquier caso, de cualquier forma, y cualquier cosa"²⁸.

a) El sistema de representación y la "división de poderes"

La separación de los poderes y la distribución del poder, todavía se vinculan con dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho²⁹. Ambos planos campean en un binomio que todavía se encuentra presente en la organización del poder público: Gobierno y Administración.

Esta fórmula es reconducida por Ferrajoli del siguiente modo: por un lado, las funciones de Gobierno incluyen la función legislativa y la dirección política y administrativa; por otro, las funciones de garantía que incluyen las funciones judiciales y las funciones de control³⁰.

De este modo, la moderna concepción mantiene en su seno la distinción entre funciones de gobierno que se configuran en el espacio de la política y en las "funciones de garantía", cuyo espacio es la jurisdicción y la administración vinculada³¹. De ahí que el nuevo paradigma todavía construye la "división de poderes", sobre la combinación de variables políticas y jurídicas, aunque esa alquimia se asiente sobre premisas radicalmente diversas.

Ahora bien, la política y las funciones de gobierno -que en ciertos casos son conceptualizadas como discrecionales- todavía mantienen su fundamento en la voluntad popular, en el principio de representación. En cambio, el plano de las garantías y de la administración vinculada, son inalterables, por vía de principio, ni siquiera por la voluntad popular o el principio de representación³².

²⁷ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 803. Y concluye el agudo autor: "En suma, todo el derecho -no sólo el derecho que es, sino también el derecho que jurídicamente debe ser- resulta construido por los hombres...".

²⁸ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 563 y 564.

²⁹ Ferrajoli en realidad habla de dos fuentes de legitimación metajurídica alternativas entre sí: la representación política o la rígida sujeción a la ley. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 824 y 825.

³⁰ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 825.

³¹ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 825.

³² Si bien no excluimos la posibilidad de que, en el seno de un Estado, se pretenda romper con la vinculación al derecho supranacional y al compromiso con los derechos fundamentales y el Estado constitucional. Esta situación, por cierto, alteraría de forma drástica las bases que sustentan este análisis.

De esta óptica, el plano de las garantías y de la vinculación al derecho, tiene su eje en la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos a la luz del derecho supranacional.

Por tanto, conviven dos espacios, dos fuentes de legitimación que se postulan opuestos³³ -aunque no se presentan en estado puro³⁴-, no obstante el propio sistema intenta armonizar y reconducir. Autoridad políticamente legítima, es la fuente de legitimación del gobierno que proviene de la elección política de los representantes y del principio de la mayoría.

La vinculación al derecho y las llamadas garantías, en la tesis de Ferrajoli, encuentran su fuente de legitimación en la tutela de los derechos fundamentales y en principios y valores sustanciales y formales que no son disponibles por la autoridad política en ejercicio de su poder legítimamente constituido.

La “*división del poder*”, su distribución, tiene su epicentro en el plano funcional, en el sentido de que se orienta a la estandarización de los procedimientos en cada una de las principales funciones de los órganos³⁵;

La separación, en cambio, se orienta hacia las funciones de “garantía”; se refiere a los órganos encargados de verificar la juridicidad, en el obrar estatal³⁶. Por ello es que en la división de poderes -en sentido amplio-, no sólo se veda, sino que se pretende situar a los órganos jurisdiccionales, como guardianes del Estado constitucional de derecho, a los fines de afianzar la independencia e imparcialidad³⁷.

b) La articulación entre el Estado constitucional y la “división de poderes”

El valor de la constitución se redescubre e intensifica a nivel nacional e internacional. La “división de poderes” como norma de competencia formal -como esquema organizacional macro- se constituye, y al mismo tiempo se presenta, como instrumento de tutela de los derechos fundamentales³⁸.

En este contexto se exige, además de la vinculación formal a la ley, la realización de la justicia material. La “división de poderes”, en sentido amplio, adquiere un nuevo cariz positivo. Ya no basta con el hecho de que se presente como una herramienta para limitar y controlar el poder. Debe, asimismo, para ser compatible con el nuevo

³³ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 828.

³⁴ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 844.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 829.

³⁶ A verificar la estricta legalidad o legalidad sustancial en los términos de Ferrajoli. Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 830.

³⁷ El caso más típico e importante es la separación entre el poder judicial y los poderes de gobierno. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 829 y 830.

³⁸ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.

paradigma, coadyuvar a garantizar la concreción de los cometidos estatales. En concreto, el pleno goce de los derechos fundamentales³⁹.

En este escenario, el nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público.

Por un lado, deben satisfacer la ordenación, disciplina y modulación del poder. Al mismo tiempo, y por otro lado, deben ser flexibles⁴⁰, dinámicos y funcionales de modo tal que se tornen eficaces⁴¹ y eficientes en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible procedimientos y procesos estandarizados universalmente). De este modo se presume, *iuris tantum*, que se asegura la efectividad de los derechos fundamentales⁴².

c) El fenómeno que torna obsoleta la formulación y explicación de la construcción clásica de la organización del poder público

Los esquemas conceptuales de los siglos anteriores, constituyen una herramienta obsoleta que no puede tutelar la problemática actual. Inclusive, dificultan o impiden, en ciertos casos, la concreción de tales objetivos.

La magnitud sideral de los estados, la red de poderes⁴³, su articulación global, y la configuración de una multiplicidad de órganos⁴⁴ y plexos normativos internos y externos, constituyen fenómenos contemporáneos que han modelado profundamente la clásica doctrina de la “división de poderes”.

Principalmente, en lo que se refiere a una de sus principales esencias; esto es, el esquema histórico que se orientó a establecer el ejercicio de una sola función respecto de un “poder”. Aún cuando ello no pudo ser implementado de modo tajante en la historia constitucional moderna, la ecuación ha variado en forma drástica⁴⁵.

³⁹ Como afirma la Corte Suprema de Justicia, en el Estado de Derecho actual: “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico...”. Ver, CSJN, “Bahamondez Marcelo”, sentencia del 6/4/1993, voto de los doctores Barra y Fayt, considerando 12°, La Ley, 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagües –DJ, 1993-2-499- ED, 153-254.

⁴⁰ Nótese que la flexibilidad es un rasgo que se le asigna al derecho comunitario. Ver VANOSSI, Jorge Reinaldo A., DALLA VIA, Alberto Ricardo, **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 363. Además, los precitados autores le asignan al derecho comunitario las siguientes características: i) pragmatismo; ii) operatividad; iii) instrumentalidad; iv) supremacía; v) uniformidad. Ídem, p. 362 a 364.

⁴¹ Se ha reconocido al principio de eficacia como un principio constitucional. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 167.

⁴² En un sentido similar, aunque sin referirse a la separación de poderes, ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 26.

⁴³ Se habla de poderes estatales, supraestatales, infraestatales, regionales, entre otros. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 823.

⁴⁴ En Alemania se habla de “Redes de autoridades nacionales y supranacionales”, Ver, RUFFERT, Matthias, **De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea**: la unión administrativa europea. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 92 y ss.

⁴⁵ Adviértase que el nuevo paradigma modificó la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 31. Agregamos que el nuevo

En tales términos, desde hace tiempo que el sistema valida sin mayor dificultad que los tres órganos principales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ejerzan las tres funciones desde un punto de vista material. De ahí que necesariamente tenga que variar el factor que equilibre los “poderes” (potestades, funciones, competencias) ejercidos por cada uno.

O dicho de otro modo, aún cuando subsiste el eje principal que determina que ciertas funciones –más precisamente un núcleo esencial⁴⁶– sólo pueden ser asumidas por un solo órgano, el propio sistema tiende a fragmentar, eliminar y/o a morigerar la exclusividad absoluta en todo o en parte de la facultad de decidir.

En los estados modernos, resulta difícil hallar un acto o decisión que de modo absoluto sea “privativa” y ajena a todo otro “poder” u órgano de control.

Sobre esta plataforma, el nuevo paradigma si bien se ocupa de reglar “quién” ejerce tal o cual función, se ocupa aún más de afianzar el “cómo”. En las “formas” del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

En definitiva, el nuevo escenario pretende asegurar la “interconexión de los ordenamientos jurídicos”⁴⁷, a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas. A partir de esta plataforma se busca asegurar de modo eficiente y eficaz la tutela de los derechos fundamentales. Son éstas las variables que tornan accesorio o secundario –aunque no lo elimina– el aspecto orgánico o subjetivo de las funciones del Estado⁴⁸.

d) El nuevo rol de la “división de poderes”

El objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas⁴⁹. Lo que precisamente se altera en el

paradigma también ha modificado sustancialmente la relación entre el juez y el Ejecutivo/Administración. Véase también, en este sentido: HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

⁴⁶ Balbín afirma que cada poder conserva un “cúmulo de competencias materiales propias de cada poder de alcance exclusivo y excluyente”. Ese núcleo, afirma el tratadista, es “indelegable en el armado del esquema institucional”. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 54.

⁴⁷ Desde un sector de la doctrina española, esta expresión constituye un tema central en los problemas jurídicos de nuestro tiempo, ya que pretende analizar la incidencia de reglas o soluciones ajenas o lejanas a dichos problemas. Ver, RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003. p. 29.

⁴⁸ Aunque la tendencia moderna utilice este criterio como factor clave de atribución de competencia de los jueces contencioso administrativos.

⁴⁹ Según Gordillo, el objetivo de la división de poderes no es el de propiciar la mayor “eficacia” del gobierno sino a la inversa, “...frenarlo en la tutela de las libertades públicas”. Ver GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. II-3 y en consonancia en p. III-6 y III-7.

nuevo paradigma, es que la división de poderes no se presenta meramente como un “freno” al poder en la tutela de las libertades públicas.

En realidad, debe “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela. La eficacia del Gobierno (y por tanto de la división de poderes) es indispensable, siempre y cuando: **i)** se ponga al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y⁵⁰ **ii)** utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

e) División de los poderes y el fenómeno de la “juridización de la política”

La “división de poderes” (concebida como una “norma de competencia”⁵¹), asigna a los jueces la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos. Son ellos los últimos guardianes de la vigencia y plena operatividad del Estado constitucional de Derecho.

Sin embargo, como los jueces deben “decidir en derecho”⁵², no debe perderse de vista que nuestro sistema jurídico otorga al juez la facultad y el deber (en ciertos casos) de confrontar de oficio⁵³ el obrar de los órganos del Estado con la constitución (control de constitucionalidad) y, eventualmente, con los instrumentos internacionales a los que el Estado se ha sometido voluntariamente (control de convencionalidad).

Sobre esta plataforma, se cristaliza otro fenómeno que trastoca uno de los pilares básicos de la doctrina histórica y clásica de la división de poderes. Así, se evidencia una “huida” del factor político respecto del obrar del Ejecutivo y, principalmente, de la Administración.

Se pretende juridizar todos los ámbitos y, así, reducir el espacio político de actuación⁵⁴. *La posible ausencia de todo control o la existencia única de un control político, no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma.*

Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos, en sus contornos externos. Sobre esta base, desnudar el epicentro de la división de poderes implica situarse de lleno en la difícil e intrincada relación entre política y derecho⁵⁵. La problemática referida a ambas nociones se vincula con la

⁵⁰ Y en esta faena el control es sólo uno de los aspectos en la ecuación.

⁵¹ Ferrajoli considera a la división y a la separación de los poderes como normas de competencia mediante las que los poderes públicos son, por una parte, atribuidos, y por otra, distribuidos. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 816.

⁵² Ver: RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 75.

⁵³ Más allá de la discusión acerca del alcance de este control.

⁵⁴ Este fenómeno va acompañado de la “profesionalización de la política”. Sobre este fenómeno ver, ARIAS, Luis Federico. La alquimia, el derecho y la política, Res Pública Argentina. **RAP**, Junio-Septiembre, 2006. p. 10 a 13.

⁵⁵ Por ello se afirma que la división de poderes hoy tiene su centro en la separación entre política y derecho. Ver, LÓPEZ GUERRA, Luis. **Democracia y división del poder: La democracia post-liberal**. Madrid: José Félix

modificación radical que determina el nuevo paradigma que invierte la ecuación entre ambas.

Antes, el derecho se subordinaba a la política como instrumento. Actualmente, la política se ha convertido en instrumento de actuación del derecho al ser sometida a numerosos y múltiples límites⁵⁶ internos, externos, verticales, horizontales, positivos y negativos.

Esta problemática impacta de lleno en el alcance del control judicial, toda vez que la teoría clásica sitúa a lo “político” (cuando menos un núcleo) como no justiciable y lo equipara a las nociones de “apreciación de oportunidad” – que es dejada a la elección del agente público⁵⁷ - “mérito” o “conveniencia”⁵⁸.

5. EL IMPACTO DEL DERECHO SUPRANACIONAL EN LA DIVISIÓN DE PODERES

Los nuevos mecanismos de protección internacional de los derechos humanos impactan en la división de poderes. Nos referimos, en concreto, a los nuevos órganos de control que crean parámetros jurídicos supranacionales⁵⁹ de actuación para los Estados partes y cuyo control se ejercita a través de órganos jurisdiccionales específicos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Entiendo que las decisiones de esos organismos, condicionan y limitan la auto-determinación de los Estados Nación considerados en su individualidad.

Ello, dado que la sumisión voluntaria a una jurisdicción internacional, y la incorporación al derecho interno⁶⁰ de las decisiones de ese tipo de organismos modifican

Tezanos ed., 1996. p. 250.

⁵⁶ Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 32.

⁵⁷ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21 ed. País: Dalloz, 2006, p. 353.

⁵⁸ Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, excluye del control judicial (inclusive del control concentrado y abstracto de constitucionalidad previsto en el art. 113, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) al “mérito y la conveniencia de la conformación interna del Poder Ejecutivo”. Ver, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Lapatovski, Susana y otros c/GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 6 de abril de 2011, voto del Dr. José Osvaldo Casás considerando 5.

⁵⁹ Lo que Sagües llama “recepción del derecho trasnacional”. Ver, SAGÜES, Néstor P., **Teoría de la Constitución**, p. 54.

⁶⁰ Como bien afirma Salomoni, la Constitución Argentina se apartó de las técnicas tradicionales de incorporación de los derechos humanos al agregar directamente diversos tratados en la propia Constitución y se les otorga rango o jerarquía constitucional e integrando el plexo normativo de la parte dogmática de la Constitución. De hecho, son vinculantes independientemente de su pertenencia al sistema internacional. Ver, SALOMONI, Jorge Luis. Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales. In: **Jornadas sobre cuestiones de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2006. p. 921 y 922. Sobre el tema de los tratados de derechos humanos y su impacto en el sistema jurídico nacional, ver: SAGÜES, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>; CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte,

sustancialmente la concepción tradicional de la soberanía sobre la que asienta el principio de división de poderes. Es decir, se produce un entrelazamiento de ordenamientos y sistemas que ocasiona, en ciertos casos, que una solución que se pensaría arraigada y legítima, va a ser desplazada por la regla de otro ordenamiento supranacional⁶¹.

6. EL IMPACTO DE LOS VALORES DE “EFICACIA” Y “EFICIENCIA” EN LA DIVISIÓN DE PODERES

El diseño y la interrelación estipulada por las constituciones respecto de los tres principales y máximos órganos del Estado, no pueden ser conducidas en forma íntegra bajo el esquema abstracto o dogmático clásico de la “división” o “separación” de poderes. La eficiencia y el impacto que las medidas o decisiones tienen para los derechos fundamentales⁶², se erigen como pilares de interpretación sistémica que trazan o tienden a delinear los contornos de la doctrina.

En definitiva, *la división de poderes se legitima a partir de una concepción dinámica y flexible*⁶³, que coadyuve a concretar de forma efectiva los derechos fundamentales⁶⁴.

7. FRAGMENTACIÓN DEL PODER

ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

⁶¹ Ver, RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003. p. 29.

⁶² En Alemania, los derechos fundamentales constituyen principios básicos del orden social en su totalidad que proyectan sus efectos a todas las áreas del derecho. Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13º año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 224.

⁶³ El fenómeno de flexibilización y compensación en supuestos de asignación de competencias es fundamental en el derecho comunitario europeo. Ver, PETER SCHNEIDER, Jeans, **Estructuras de la unión administrativa europea**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 32 a 34.

⁶⁴ Ackerman se pregunta: ¿Cómo la nueva división de poderes puede resolver las cuestiones que genera el Estado burocrático? Se observa de este modo cómo la doctrina tiende a ser definida y explicada desde un plano estrictamente funcional. Ver, ACKERMAN, Bruce **La nueva división de poderes**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, México, 2007. p. 83.

En el Estado constitucional se configuran los fenómenos llamados “policentrismo”, “desconcentración estatal”, “fragmentación”⁶⁵ o “fractura”⁶⁶ del poder estatal. Las constituciones tienden a situar numerosos órganos estatales⁶⁷ que en ciertos casos ostentan “plena autonomía funcional”. Los órganos constitucionales se vinculan y articulan de diferente modo con los tres clásicos “poderes”.

Como ya lo hemos puesto de relieve, se multiplican y aumenta la presencia de órganos de control constitucionales que presentan diversificación de funciones y multiplicidad de estructuras⁶⁸.

Estos órganos, cabe reiterar, se orientan a tutelar la defensa de los derechos constitucionales y a afianzar los principios de independencia y equilibrio de los poderes tradicionales⁶⁹.

Ahora bien, el esquema básico estructural desarrollado, permite advertir una paradoja que se configura por la presencia de dos fenómenos aparentemente excluyentes entre sí.

La multiplicidad, transferencia y fragmentación del “poder” en el plano interno y externo –policentrismo– convive con un fenómeno opuesto: la unificación y estandarización de parámetros jurídicos universales. Ambos fenómenos se intensifican sin alterar –por el contrario, tienden a consolidar– el Estado constitucional de derecho.

Por tanto, la fragmentación de la soberanía y la existencia de múltiples órdenes normativos y órganos de control internos y externos, paradójicamente, reactivan y refuerzan la unificación de parámetros universales. Esta situación, claramente se puede apreciar en diversos sistemas jurídicos que, aún con disímiles diseños constitucionales y elementos culturales, económicos, y demográficos, tienden a estandarizar y unificar

⁶⁵ Ver, ORTEGA, Luis. El reto dogmático del principio de eficacia. *Revista de Administración Pública española*, n 133, ene/abr 1994. p. 8 y ss.

⁶⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. III-3.

⁶⁷ En Argentina, la segunda parte de la Constitución contempla los siguientes órganos –ver artículos 85, 86, 114 y 120–: la Auditoría General de la Nación, el Defensor del pueblo, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público, respectivamente.

⁶⁸ El autor argentino aquí sigue a Zippelius para quien este fenómeno es llamado “policentrismo” y se caracteriza por la actividad constitucional de dividir funciones y multiplicar estructuras. Ver, ZIPPELIUS, *La idea de legitimación en el estado democrático-constitucional*, en Colegio de Profesores de Teoría del Estado, “Memoria del Primer Congreso Internacional de Teoría General del Estado, México, 1980, p. 233, citado en SAGÜES, Néstor P., Teoría de la Constitución, p. 53. Gordillo, siguiendo a Pulvirenti, entiende que no es conveniente utilizar la terminología “órganos extrapoderes” ya que pueda dar lugar a pseudoconfusiones. Ver GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. III-3, nota 5, con cita de PULVIRENTI, Orlando D. Aria a la designación de jueces. *Suplemento Administrativo*, 9 de febrero de 2009, p. 15 a 20.

⁶⁹ Ver al respecto, SAGÜES, Pedro, Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poderes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 309. También ver al respecto las agudas reflexiones en SAGÜES, Pedro. Cultura constitucional y desconstitucionalización, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010. p. 97 a 108.

reglas y parámetros *a priori* y *a posteriori* de la toma de decisiones de los poderes públicos.

Ahora bien, en nuestro país la Constitución Nacional establece el siguiente esquema básico que, en esencia, reconstruiremos a continuación teniendo en consideración la forma y los órganos o sujetos que participan en la conformación de los órganos internos -denominados usualmente órganos extrapoder- instituidos por la Constitución Nacional.

Veamos.

8. LA “DIVISIÓN DE PODERES” EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Como señalara en el párrafo anterior, entiendo importante desarrollar, en forma básica y genérica, la configuración y articulación global de los tres “poderes” en el Estado Argentino, previstos en la segunda parte de la Constitución Nacional Argentina: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

La clasificación de las principales funciones de los órganos constitucionales usualmente suele venir precedida de la distinción entre diversos criterios jurídicos. En general se alude a los siguientes: a saber: criterio “teleológico”, “orgánico”, “material” y “formal”. Desde un punto de vista amplio y básico, estos planos son entendidos del siguiente modo:

- i. Los aspectos teleológicos aluden a la finalidad de la potestad; es el fin o la finalidad a la que se orienta el criterio por el cual es definida o conceptualizada;
- ii. El criterio orgánico se relaciona con el aspecto subjetivo, alude al “quién” ejercer la potestad; la posición del órgano y del sujeto que ejerce la potestad, es el factor que se tiene en cuenta para conceptualizarla;
- iii. El aspecto formal se vincula con el procedimiento de actuación del órgano ; así, se alude al componente deliberativo, contradictorio, mixto, entre otros;
- iv. El criterio material se relaciona con el contenido, la sustancia, la “naturaleza” de la potestad.
- v. El iter secuencial que explica la “división de poderes” del Estado Constitucional Argentino.

El fenómeno que intentamos explicar requiere, a nuestro juicio, de la enunciación de un iter secuencial conforme la descripción normativa constitucional.

Veamos.

- vi. En primer lugar, la segunda parte de la Constitución Nacional (art. 44 y ss.), entre otras cuestiones, establece lo que ALEX Y llama “normas de competencia” . Las “normas de competencias” determinan: i) quién tiene la competencia; ii) cómo se ejerce -regulan el procedimiento para su ejercicio- ; iii) respecto de qué se ejerce (objeto de la competencia).

Las “normas de competencia” crean la posibilidad de actos jurídicos y habilitan a los sujetos para que puedan modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos.

O lo que es lo mismo - en palabras de Kelsen - :

El jefe del Estado, en una república democrática, así como el miembro del gabinete en una monarquía absoluta, tiene que ejercer sus funciones, que en lo esencial son funciones jurídicas, como obligaciones correspondientes al cargo (...) éstas resultan de disposiciones especiales, que estatuyen una responsabilidad específica. Son también órganos del Estado, no como funcionarios estatales, sino en cuanto desempeñan, con una división del trabajo, funciones determinadas por el orden jurídico⁷⁰.

En segundo lugar, las normas de competencia de la Constitución Nacional, instituyen funciones exclusivas, concurrentes y de contralor entre los diversos órganos constitucionales.

En tercer término, es preciso aclarar el alcance de la noción “control”. Las obras de derecho procesal administrativo han abordado esta noción desde diversas ópticas. Aunque, tomando como punto de partida el significado lexicográfico, la noción de control se relaciona con la “comprobación, inspección, fiscalización e intervención”

a) La instrumentación de los controles y equilibrios recíprocos

La Constitución Argentina establece un sistema de división funcional de órganos decisorio que incluye el control recíproco entre los órganos superiores de la Constitución.

La Auditoría General de la Nación (art. 85 CN) y el Defensor del Pueblo (art. 86 CN), se encuentran en la Segunda parte, Título I, sección I del Poder Legislativo –en adelante PL-, capítulos VI y VII. A continuación intentaremos describir brevemente la posición institucional, integración y funciones esenciales asignadas a ambos órganos constitucionales.

a.1) La Auditoría General de la Nación

La Auditoría General de la Nación –en adelante AGN- se sitúa como un órgano constitucional colegiado cuyo rol esencial es la asistencia técnica obligatoria al Congreso de la Nación⁷¹. Se le otorga “autonomía funcional” y tiene a su cargo el control externo⁷² y posterior de legalidad, gestión, y auditoría del Poder Ejecutivo –en adelante

⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1979.

⁷¹ Este órgano se integra por los representantes del Congreso, de conformidad con la ley 24.156; ver, art. 121 y ss.)

⁷² El control interno por excelencia es el que realiza la Sindicatura General de la Nación que no adquirió jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994. En el título VI la ley de Administración Financiera N° 24.156 se crea la Sindicatura General de la Nación –en adelante SIGEN- como órgano de control

PE- y de todos los entes públicos estatales⁷³. Este órgano, cabe aclarar, no ejerce ningún control de tipo jurisdiccional.

Desde un punto de vista estricto, coincidimos con Barra y Gelli cuando afirman que el control es ejercido por el Congreso y la AGN es su asistente técnica⁷⁴. Este órgano está gobernado por un Colegio de Auditores de siete miembros que toma sus decisiones por mayoría de votos. El presidente es propuesto por el principal partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, y es designado por los presidentes de ambas Cámaras legislativas⁷⁵. De los restantes seis miembros, tres son designados por la Cámara de Diputados y los tres restantes por la Cámara de Senadores⁷⁶.

De una interpretación estricta de la letra de la CN se deduce que la AGN es un órgano consultivo, no obstante participa necesariamente –al menos de forma mediata– en el proceso de control por parte del PL⁷⁷.

interno, posterior, integral e integrado del Poder Ejecutivo Nacional, organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo –ver arts. 96, 98, 102 y 103-. Este órgano tiene personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, y depende del Presidente de la Nación –ver art. 97 de la ley 24.156-. La SIGEN es un órgano normativo de supervisión y coordinación de las unidades de auditoría interna creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y deben actuar coordinadas técnicamente por la Sindicatura General –ver art. 100 ley 24.156- El control que ejerce la SIGEN abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones. Los controles deben estar fundados en criterios de “*economía, eficiencia y eficacia*” –ver art. 103-. Entre las funciones descriptas por el artículo 104, es importante destacar que debe establecer requisitos de *calidad técnica* para el personal de las unidades de auditoría interna –inc. f- y formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de *economía, eficiencia y eficacia* –inc. j-

⁷³ El artículo 116 de la ley 24.156 dispone que la AGN es un “...ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional”. En el segundo párrafo del precitado artículo se establece la AGN “...es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional”. Para ampliar, ver BARRA, Rodolfo, El papel de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: El modelo argentino, en Control de la Administración Pública, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 514 a 519 e IVANECA, Miriam, Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos (La experiencia Argentina), p. 109 a 116.

⁷⁴ Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515 y GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 311 y 312.

⁷⁵ El artículo 123 de la ley 24.156 dispone que el séptimo auditor general será designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y será el presidente del ente.

⁷⁶ Ver, artículos 121 y 122 de la ley 24.156 –y modificatorias-. Según BARRA, de los tres miembros elegidos por cada cámara, dos pertenecen al partido mayoritario y uno al principal partido de la oposición. Sin embargo, entiende que la previsión constitucional de asegurar al principal partido de oposición la conducción de la Auditoría, tiene pocos efectos prácticos, ya que podría ocurrir que el partido del gobierno tuviese, a la vez, mayoría en ambas Cámaras con lo cual el oficialismo contaría con cuatro propuestas o designaciones y la oposición con tres, quedando de tal modo en manos del oficialismo la representación política mayoritaria del órgano. Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 516.

⁷⁷ En consonancia, ver BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515.

En suma, más allá de las divergencias entre el texto constitucional y la ley de Administración Financiera⁷⁸ –art. 116 y 117–, lo cierto es que la AGN es un órgano de control mediato, en la medida en que sus decisiones no tienen efecto directo e inmediato sobre los órganos contralados. Es un órgano consultivo que ejerce un control mediato y de asistencia técnica al PL que controla –de modo inmediato– al PE y a todos los órganos del sector público nacional⁷⁹.

Desde el punto de vista consultivo, la Constitución Nacional instituye un dictamen obligatorio no vinculante por parte de la AGN previo al “examen” y a la “opinión” del Poder Legislativo sobre la actuación del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública. Desde esta perspectiva, la previa intervención de este órgano constitucional resulta esencial en el procedimiento de control legislativo. El Congreso no podría emitir ninguna opinión, ni siquiera iniciar el procedimiento de examen de la actuación de la Administración Pública, sin la previa intervención de la AGN⁸⁰.

Sin embargo, el Congreso podría rechazar el dictamen, solicitar otro, o simplemente omitir toda acción. No puede instruir a la AGN en cuanto al contenido de su dictamen o acerca de la metodología de realización⁸¹.

a.2) El Defensor del Pueblo

A partir de su consagración constitucional en Suecia a principios de siglo XIX, el Defensor del Pueblo es una figura que ha sido instaurada en numerosos países bajo diversas denominaciones tales como: “Comisario Parlamentario”, “Mediador”, “Promotor de la Justicia”, “Ombudsman”⁸² y “Defensor Social”⁸³.

Con antelación a su consagración constitucional, este órgano tuvo recepción legislativa a través de la sanción de la Ley N° 24.284.

El Defensor del Pueblo se instituye como un órgano auxiliar del Poder Legislativo y como un órgano con “plena autonomía funcional” y “sin recibir instrucciones de

⁷⁸ Según Gelli, el órgano creado por la CN es completamente diferente al que estructura la ley 24.156 y ésta resulta incompatible con aquel órgano, en tanto el primero debe ejercer dos funciones: la de asesoramiento técnico del Congreso y la de control con autonomía funcional, autonomía que resulta bloqueada por la reglamentación legal.

⁷⁹ También ejerce control posterior del Congreso de la Nación y del Poder Judicial, en este último caso –para asegurar la independencia de éste– según convenio para celebrar con la Corte Suprema de Justicia y ahora –cabe interpretar– con el Consejo de la Magistratura de la Nación. Ver BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 518.

⁸⁰ Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515.

⁸¹ Como bien afirma Barra, ello se deduce de la “autonomía funcional” prevista por la CN. Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 516.

⁸² Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 316.

⁸³ Ver, QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Nuevos órganos de control en la Constitución. In: **La Reforma de la Constitución**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994. p. 267.

ninguna autoridad”⁸⁴. A su vez, el Defensor del Pueblo goza de las inmunidades y los privilegios que corresponden a los legisladores⁸⁵ no obstante es responsable sólo ante el Congreso.

Por otra parte, la misión de este órgano se relaciona con dos aspectos centrales: a saber, **1)** defensa y protección de los derechos y garantía e intereses tutelados en la Constitución⁸⁶ y las leyes⁸⁷; y **2)** el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

La competencia del Defensor del Pueblo sólo abarca a la Administración Pública Nacional⁸⁸ y a las personas públicas no estatales⁸⁹ que ejerzan prerrogativas públicas y a las personas privadas prestadoras de servicios públicos⁹⁰.

Sin embargo, el Defensor del Pueblo no puede desarrollar un control respecto del Poder Judicial, el Poder Legislativo, y los organismos de defensa y seguridad⁹¹.

Sin detenernos en todos los aspectos en cuanto a la competencia de este órgano, es importante destacar las siguientes funciones (ver art. 14 y ss.); a saber:

1. El Defensor del Pueblo tiene por objeto perseguir el “esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones”⁹²;

⁸⁴ Coincidimos con Canosa cuando afirma que resulta inapropiada la calificación de “independiente” aunque tenga plena autonomía funcional. En efecto, cuando menos no puede tomarse en sentido estricto la independencia si se tiene en consideración su inserción institucional y funcionamiento. Ver, CANOSA, Armando, *El Defensor del Pueblo y el control de la Administración*, p. 395.

⁸⁵ Como afirma Gelli, de este modo se pretendió fortalecer la institución para el más eficaz ejercicio de sus funciones de control y para preservarla de eventuales interferencias o presiones del poder político descontento con su actuación. Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 322.

⁸⁶ El artículo 43, segundo párrafo, legitima en forma expresa al defensor del pueblo en relación con cualquier forma de discriminación; en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

⁸⁷ La legitimación del Defensor del Pueblo viene dada por la expresa atribución constitucional que presupone su actuación frente a “hechos, actos u omisiones de la Administración”. Ver, artículo 86, primer párrafo de la CN. Para apreciar la legitimación de este órgano ver, CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 685 a 724.

⁸⁸ La Administración pública nacional abarca la Administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado Nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica.

⁸⁹ Canosa entiende que la denominación personas públicas no estatales, no resulta del todo adecuada. Así, este autor considera que, por más que una persona privada cumpla actividades, en principio estatales -por “encargo”-, no puede convertirse en pública. Ver, CANOSA, Armando, **El Defensor del Pueblo y el control de la Administración**, p. 396.

⁹⁰ Ver, artículo 17°, ley 24.284.

⁹¹ Ver, artículo 16°, segundo párrafo, ley 24.284.

⁹² Como bien sostiene Monti, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo no puede ser interpretada con criterio restrictivo. Ver, MONTI, Laura. Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación.

2. Se lo legitima⁹³ a los fines de detectar comportamientos que denoten una *"falla sistemática y general de la administración pública"*; en tal caso, debe instaurar los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter (art. 15).

Ahora bien, los precitados órganos constitucionales –AGN y Defensor del Pueblo– tienen un hilo conductor común: en ambos casos, su integración y composición es potestad exclusiva del Poder Legislativo.

c) Órgano constitucional cuya integración es resorte concurrente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo

i. El Ministerio Público

En la segunda parte, sección IV de la Constitución Nacional, se instituyó al Ministerio Público. Este órgano "independiente", con "autonomía funcional" y "autarquía financiera", no se ha situado bajo la órbita o en la sección de ninguno de otro poder del Estado Nacional⁹⁴.

Más allá de las diferentes posturas doctrinarias en cuanto a si es un nuevo poder, o un órgano "extrapoder" ⁹⁵, o bien un órgano incluido y/o relacionado con el Poder Ejecutivo o Judicial, de una lectura literal de la Constitución podemos advertir que se ha incluido a este órgano dentro de una de las secciones de las autoridades de la Nación del Gobierno Federal.

En efecto, el título I de la segunda parte se divide en cuatro secciones. A saber: Del Poder legislativo (sección I), del Poder Ejecutivo (sección II), del Poder Judicial (sección III), del Ministerio Público (sección IV).

El artículo 120 CN, establece que el Ministerio Público actuará en "coordinación con las demás autoridades de la República". Por tanto, podría decirse que, desde un punto de vista organizacional estricto, nuestro sistema instituye tres "poderes" y un

In: **Cuestiones de Control de la Administración Pública**: Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009. p. 171 con citas de Fallos 330:2.800 y 328:1652 –votos del Juez Maqueda–.

⁹³ La legitimación del Defensor del Pueblo es la llamada "anómala" o "extraordinaria" en el medida en que interviene en el proceso judicial en nombre propio respecto de derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros o en defensa de intereses que afectan al orden público o social. Ver, PALACIO LINO, E. El "apagón" de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo, nota a fallo, LL, 2000-C-395 y JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 482.

⁹⁴ Sobre la discusión y ubicación de este órgano, remitimos a GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 577 y ss.

⁹⁵ A nuestro juicio la denominación extrapoder no es la más adecuada. Luego de la Reforma de 1994 el "poder" se ha distribuido en diferente medida e intensidad entre más órganos que los tres clásicos "poderes" del Estado. De ahí que hablar de un órgano extrapoder, cuando menos en sentido estricto, constituye un desacierto. Sin embargo, desde el punto de vista de la denominación constitucional, sí podríamos afirmar que la norma fundamental sólo instituye tres poderes y a otros órganos sin denominarlos "poderes".

cuarto órgano que si bien no lo denomina “poder”, sí lo presenta cuando menos en coordinación con ellos.

Más allá de todas las diferencias que puedan existir entre los tres poderes del Estado y el Ministerio Público, no debe perderse de vista dos cuestiones centrales a los fines de evaluar la posición institucional y el rol que éste cumple en el esquema constitucional.

En *primer lugar*, es preciso destacar el mecanismo de designación de los sujetos que desempeñan el cargo en las “cabezas” de este órgano. Así, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, son designados por un análogo mecanismo a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹⁶. En ambos supuestos, el Poder Ejecutivo propone y el Poder Legislativo aprueba.

En *segundo término*, si se observa las principales funciones enunciadas en el artículo 120 de la Constitución Nacional y en las disposiciones del artículo 25 de la ley 24.946, a nuestro criterio sería desacertado sostener que este órgano ejerce una tarea de mero “control”⁹⁷.

Sin extendernos en estas consideraciones, como ejemplo podemos ilustrar acudiendo a la función prevista en el artículo 25 inc. c) -ley 24.946- que faculta al Ministerio Público a “Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales”⁹⁸. Para ser más gráficos, el Ministerio Público es titular de una acción que pretende hacer habilitar la más intensa expresión del poder punitivo en defensa de los más violentos ataques a los bienes jurídicos protegidos por un Estado constitucional de derecho.

Este ejemplo, cuando menos, desde un punto de vista cualitativo, sitúa a este órgano mucho más próximo a los tres Poderes del Estado en relación con la posición y el rol asignado a los otros órganos⁹⁹ constitucionales¹⁰⁰.

Sin detenernos aún más en esta problemática, sí es preciso recalcar que el Ministerio Público tiene una posición central y de suma importancia en el reforzamiento de la misión asignada al Poder Judicial.

d) Órgano constitucional integrado por Poderes públicos estatales y por la sociedad civil

⁹⁶ Ver, art. 99, inc. 4 primer párrafo, artículo 5 de ley 24.946 y Decretos de “autolimitación” N° 222/03 y 588/03.

⁹⁷ Según TORICELLI, este órgano tiene, “simplemente” la función de control. Ver, TORICELLI, Maximiliano, **Organización constitucional del poder**, T. 2, p. 250.

⁹⁸ El mismo texto establece la excepción a esta regla, frente a los casos en donde se requiere la instancia o requerimiento de parte para intentar o proseguir la acción.

⁹⁹ Sin que esta afirmación pretenda, por cierto, menospreciar la trascendencia e importancia de cada uno de los órganos constitucionales.

¹⁰⁰ Como bien afirma Gelli, más allá de cómo se lo considere, lo importante es el grado de independencia con el que cuenta frente a los poderes políticos. Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 582.

La fragmentación de la clásica división de poderes, tiene su punto más trascendente si observamos al órgano instituido a través del artículo 114 de la CN. Nos referimos al órgano que tiene a su cargo la selección, potestad disciplinaria, y remoción de los magistrados, así como la administración del Poder Judicial. Nos referimos al Consejo de la Magistratura de la Nación.

La Reforma constitucional de 1994 a nuestro criterio ha producido un quiebre trascendental al prever, además de la representación política, la participación de personas jurídicas y físicas no estatales –sociedad civil- en la integración permanente del Consejo de la Magistratura.

Veamos muy brevemente.

i. El Consejo de la Magistratura de la Nación

El Consejo de la Magistratura de la Nación¹⁰¹ -en adelante el Consejo- es un órgano instaurado en la Constitución Nacional por conducto del artículo 114, capítulo I, Sección III -relativa a la naturaleza y duración del Poder Judicial-. Su inclusión en la carta fundamental ha merecido serias objeciones por parte de calificada doctrina¹⁰².

Sin detenernos en este debate, lo cierto es que el precitado texto legal en el párrafo segundo contempla la integración periódica del Consejo procurando “equilibrar” diferentes representaciones. La introducción del Consejo en la carta fundamental, a nuestro criterio ha producido cuando menos dos cambios radicales en relación a la construcción histórica del poder público a partir del constitucionalismo moderno.

En *primer lugar* introduce un elemento totalmente nuevo en nuestro sistema: la concurrencia directa del poder político con la “sociedad civil” a los fines de integrar un órgano de la Constitución¹⁰³.

¹⁰¹ Para ampliar acerca de la composición, estructura y funcionamiento de este órgano, remitimos a BIANCHI, Alberto, **El Consejo de la Magistratura, Primeras impresiones**, LL, 1994-E-1288, y el mismo autor en **El Consejo de la Magistratura. Tiempo de definiciones**, LL, 1995-D-1539; GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, T. II, p. 481 y ss. y TORICELLI, Maximiliano, **Organización constitucional del poder**, T. 2, p. 221 y ss.

¹⁰² Ver por todos: SPOTA, Alberto Antonio. Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. **Comentarios a la Constitución**. Buenos Aires: Editorial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995. p. 143 y ss. Sin embargo, como bien afirma Gelli, la incorporación del Consejo de la Magistratura se realizó en el marco de las bases habilitantes al convencional constituyente. Ver GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 482.

¹⁰³ Vale aclarar que desde un punto de vista estricto, los ciudadanos integrantes de la sociedad civil son quienes otorgan representación a los órganos políticos. No obstante, históricamente la participación siempre se circunscribió al voto en la integración de los “poderes del Estado”. En este caso, la sociedad civil no sólo participa en la integración de un órgano de modo indirecto -a través de los Poderes políticos-, sino que lo hace directamente en concurrencia con los órganos políticos.

En *segundo plano*, y como consecuencia de lo anteriormente indicado, la “sociedad civil” participa en la construcción y ejercicio de funciones que antes eran exclusivas del Poder Judicial¹⁰⁴.

Ahora bien, aún cuando la Constitución Nacional previó quiénes participan en la composición del Consejo de la Magistratura¹⁰⁵, no contempló y sí delegó en el Poder Legislativo el número y la forma. En uso de tal facultad el legislador reglamentó los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional a través de las leyes 24.937 y 24.939 –ley correctiva¹⁰⁶ y luego con el dictado de la ley 26.080¹⁰⁷ –actualmente vigente–.

Sin detenernos en las discusiones que ameritaron tales leyes¹⁰⁸, lo cierto es que el legislador situó al Consejo de la Magistratura como un “órgano permanente” del Poder Judicial de la Nación¹⁰⁹. Ahora bien, la inclusión dentro del Poder Judicial no implica que ese órgano ejerza la competencia prevista por la Constitución para intervenir en el conocimiento y decisión de todas las “causas” –art. 116 CN–.

De este modo, el Consejo realiza funciones coadyuvantes del Poder Judicial que, en esencia, responden a criterios materialmente administrativos y materialmente legislativos que resultan abarcados por el derecho administrativo.

El Consejo actualmente se compone de trece miembros¹¹⁰ –anteriormente se componía de 20 miembros¹¹¹–, que se distribuyen del siguiente modo: tres representantes de los jueces, seis representantes del Poder Legislativo, un representante del

¹⁰⁴ En este sentido, Sagües afirma que el Consejo es como el “órgano de gobierno” del Poder Judicial e incide en la organización y dirección de ese poder. Ver, SAGÜES, Néstor Pedro. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 27.

¹⁰⁵ El artículo 114 de la CN expresamente habla de órganos políticos resultantes de la elección popular, de jueces de todas las instancias, abogados de la matrícula federal y por otras personas del ámbito académico y científico.

¹⁰⁶ Texto ordenado por Decreto 816/99.

¹⁰⁷ A los fines de profundizar en la conformación del Consejo de la Magistratura remitimos a BARRAZA, Javier Indalecio. El Consejo de la Magistratura y su modo de conformación. **Derecho Administrativo - Revista de Derecho Administrativo**, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. p. 425 a 438.

¹⁰⁸ Ver por todos, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 224 y ss.

¹⁰⁹ Ver, art. 1, ley 24.937, no modificado por la ley 26.080. Una breve reseña de la discusión acerca de la procedencia o improcedencia de esta inclusión puede verse en COMADIRA, Julio Rodolfo. **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 439 a 441. Según este autor este órgano es integrante del Poder Judicial.

¹¹⁰ Es acertada la crítica de Barraza cuando señala que la ley modificatoria ha roto el equilibrio que la Constitución intentaba preservar, al privilegiar a los representantes políticos –siete– en la conformación del Consejo.

¹¹¹ La distribución anterior, conforme las leyes 24.937 y 24.939, establecía que el Presidente del Consejo de la Magistratura era el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, se previó la representación de cuatro jueces, ocho legisladores, cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, un representante del Poder Ejecutivo y dos representantes del ámbito académico y científico.

Poder Ejecutivo, dos abogados matriculados¹¹² y un representante académico¹¹³ -ver art. 1 ley 26080.

El Consejo actúa a través de un plenario que se divide en cuatro comisiones; a saber: **i)** de selección de Magistrados y Escuela judicial; **ii)** de Disciplina y de Acusación; **iii)** de Administración y Financiera y **iv)** la comisión de Reglamento y de los organismos auxiliares que se creen al efecto.

El Consejo de la Magistratura adopta las decisiones en forma representativa y democrática. En el artículo 7° de la ley 26.080 se establecen las facultades del plenario. A nuestro entender, las más relevantes a los fines de nuestro estudio son las siguientes; a saber:

- i.** Selecciona mediante concursos públicos a los jueces de la Nación;
- ii.** Ejerce la potestad reglamentaria, entre otras hipótesis, a los fines de “garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia” (art. 7, apartado 2);
- iii.** Designa al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo y al secretario del cuerpo de Auditores del Poder Judicial;
- iv.** Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados;
- v.** Decide formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento;
- vi.** Ordena, en su caso, la suspensión del magistrado¹¹⁴. En cuanto a esta facultad, la ley establece en el apartado 2 del artículo 7 textualmente: “Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno”;
- vii.** Aplica las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación.

e) Las personas privadas y su articulación con los “poderes” y órganos constitucionales.

Más allá de las múltiples y variadas interacciones que se configuran entre los poderes y órganos constitucionales con la sociedad civil, lo cierto es que la reforma de 1994 ha previsto expresamente la “necesaria participación” de las asociaciones de consumidores y usuarios en los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42 CN).

¹¹² Los abogados de la matrícula federal son designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

¹¹³ El representante académico debe ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derechos nacionales y es elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional por mayoría absoluta de sus integrantes.

¹¹⁴ El texto legal establece que la decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno.

En consonancia el artículo 43 CN otorga legitimación procesal a las asociaciones¹¹⁵ que propendan a los siguientes fines: **i)** cualquier forma de discriminación; **ii)** derechos que protegen el ambiente; **iii)** la competencia del usuario y el consumidor; **iv)** derechos de incidencia colectiva en general.

La legitimación procesal no se agota en la acción de amparo sino que se ha reconocido también la acción declarativa de inconstitucionalidad en procesos de conocimientos más amplios, por la vía del “recurso” directo en el marco de los servicios públicos.

9. CONCLUSIONES GENERALES

El nuevo paradigma se erige sobre la noción de Estado constitucional de derecho que se decodifica a la luz de un sistema de normas “metalegales” destinadas al legislador y a la Constitución. Todas las normas se someten ciertos parámetros o estándares en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos. En el estado de derecho los poderes nunca son “absolutos”.

En lo que respecta al sistema de representación y la “división de poderes” todavía se vinculan con dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho. Ambos planos campean en un binomio que todavía se encuentra presente en la organización del poder público: Gobierno y Administración.

Sin embargo, el nuevo paradigma todavía construye la “división de poderes” sobre la combinación de variables políticas y jurídicas, aunque esta alquimia se asienta sobre premisas radicalmente diversas.

La “división del poder”, su distribución, tiene su epicentro en el plano funcional. Se orienta a la estandarización de los procedimientos en cada una de las principales funciones de los órganos.

La separación, en cambio, se orienta hacia las funciones de “garantía”; se refiere a los órganos encargados de verificar la juridicidad en el obrar estatal.

La división de poderes, en sentido amplio, pretende situar a los órganos jurisdiccionales, como guardianes del Estado constitucional de derecho, a los fines de afianzar la independencia e imparcialidad.

En lo que respecta a la articulación entre el Estado constitucional y la “división de poderes” podemos observar que ésta última se presenta como una norma que atribuye competencia formal (como esquema organizacional macro) y a la vez debe representar un instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

¹¹⁵ La norma constitución establece expresamente que las asociaciones deberán estar registradas conforme a la ley que determinará los requisitos y formas de su organización (ver, art. 43, segundo párrafo CN). Ver asimismo artículos 52 y 56 de la ley 24.240.

La “división de poderes” adquiere un nuevo cariz positivo. Ya no basta con el hecho de que se presente como una herramienta para limitar y controlar el poder. Debe, asimismo -para ser compatible con el nuevo paradigma-, coadyuvar a garantizar la concreción de los cometidos estatales y el pleno goce de los derechos fundamentales.

El nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público.

Por un lado, deben satisfacer la ordenación, disciplina y modulación del poder. Al mismo tiempo, y por otro lado, deben ser flexibles, dinámicos y funcionales de modo tal que se tornen eficaces y eficientes en su conjugación en el marco del accionar estatal.

En otro orden de cosas el fenómeno torna obsoleta la formulación y explicación de la construcción clásica de la organización del poder público.

Los esquemas conceptuales de los siglos anteriores, constituyen una herramienta obsoleta que no puede tutelar la problemática actual.

Aún cuando subsiste el eje principal que determina que ciertas funciones –más precisamente un núcleo esencial- sólo pueden ser asumidas por un solo órgano, el propio sistema tiende a fragmentar, eliminar y/o a morigerar la exclusividad absoluta en todo o en parte de la facultad de decidir.

En los estados modernos, resulta difícil e injustificado hallar un acto o decisión que de modo absoluto sea “privativa” y ajena a todo otro “poder” u órgano de control.

El nuevo paradigma se ocupa de reglar “quién” ejerce tal o cual función, no obstante pone especial énfasis en afianzar el “cómo”. En las “formas” del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

El nuevo escenario pretende asegurar la “interconexión de los ordenamientos jurídicos” a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas.

En este contexto, podemos afirmar que el objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas. Debe “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela.

La eficacia del Gobierno y de la división de poderes, es indispensable siempre y cuando: i) se ponga al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y ii) utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

La “división de poderes” -concebida como una “norma de competencia”- asigna a los jueces domésticos o internacionales la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos.

La posible ausencia de todo control o la existencia única de un control político, no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma.

Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos, en sus contornos externos.

Desnudar el epicentro de la división de poderes implica situarse de lleno en la difícil e intrincada relación entre política y derecho. La problemática referida a ambas nociones se vincula con la modificación radical que determina el nuevo paradigma que invierte la ecuación entre ambas.

Antes, el derecho se subordinaba a la política como instrumento. Actualmente, la política se ha convertido en instrumento de actuación del derecho al ser sometida a numerosos y múltiples límites internos, externos, verticales, horizontales, positivos y negativos.

El avance del derecho por sobre la política, no tiene el debido correlato que adecue éste fenómeno al entramado político-jurídico sobre el que se erige el sistema teórico y normativo.

El principio de división de poderes resulta atravesado y modulado por la configuración de parámetros jurídicos supranacionales de actuación cuyo control se ejerce a través de órganos jurisdiccionales específicos.

Es decir, se produce un entrelazamiento de ordenamientos y sistemas que ocasiona, en ciertos casos, que una solución que se pensaría arraigada y legítima va a ser desplazada por la regla de otro ordenamiento supranacional.

Como hemos visto también estas notas se encuentra presente en el marco institucional argentino. Así, el diseño y la interrelación estipulada por las constituciones respecto de los tres principales y máximos órganos del Estado, no pueden ser conducidas en forma íntegra bajo el esquema abstracto o dogmático clásico de la "división" o "separación" de poderes.

La eficiencia y el impacto que las medidas o decisiones tienen para los derechos fundamentales, se erigen como pilares de interpretación sistémica que trazan o tienen a delinear los contornos de la doctrina.

La división de poderes se legitima a partir de una concepción dinámica y flexible, que concrete de forma efectiva la eficacia de los derechos fundamentales.

Los órganos constitucionales que no se han situado como "poderes" en sentido estricto por la Constitución nacional, se vinculan y articulan de diferente modo con los tres poderes instituidos en las diferentes secciones de la segunda parte de la norma fundamental.

Los rasgos esenciales del esquema, en relación a los órganos constitucionales, podría enunciarse del siguiente modo:

i. *En cuanto a la composición:*

1. Los poderes políticos, en todos los casos y con diferente intensidad, participan en la integración de los órganos constitucionales;

2. Luego de la reforma de 1994, también se ha incluido a la sociedad civil que, en forma concurrente con los poderes políticos, determina la integración de uno de los órganos que integra el poder judicial;
 3. La AGN y el Defensor del pueblo son órganos integrados por el Poder Legislativo;
 4. El Ministerio Público se integra en forma análoga al Poder Judicial y posee misiones sustancialmente trascendentales en la tutela de los derechos fundamentales; protección y afianzamiento progresivo de los derechos fundamentales;
 5. El Consejo de la Magistratura es un “órgano permanente” del Poder Judicial y se integra por la representación de los tres poderes y de la sociedad civil¹¹⁶.
- ii. *En cuanto a la autonomía, autarquía y/o independencia:*
1. Órganos constitucionales con *plena autonomía funcional e independencia*: Defensor del Pueblo y Ministerio Público;
 2. Órgano constitucional con *independencia (no plena), autonomía funcional, y autarquía financiera*: Auditoría General de la Nación;
 3. Órgano constitucional integrante de otro Poder: Consejo de la Magistratura de la Nación;
- iii. *n cuanto a las funciones:*
1. Órgano constitucional de mero control en sentido estricto: Auditoría General de la Nación;
 2. Órgano constitucional de control, defensa, protección y tutela de los derechos, garantías e intereses: Defensor del Pueblo y Ministerio Público.
- iv. *En cuanto a la relación con los “poderes del Estado”:*
1. Órgano constitucional de coordinación: Ministerio Público;
 2. Órganos constitucionales coadyuvantes -en diferente medida, forma e intensidad-, de las funciones del Poder Judicial: Ministerio Público, Defensor del Pueblo y Consejo de la Magistratura de la Nación;
 3. Órgano constitucional coadyuvante de las funciones del Poder Legislativo: Auditoría General de la Nación y Defensor del Pueblo¹¹⁷.
- v. *En cuanto al criterio formal en la toma de decisiones:*
1. Órgano constitucional que adopta las decisiones de forma democrática representativa: Consejo de la Magistratura de la Nación;
 2. Órgano constitucional instituido a la luz del principio de jerarquía funcional.

10. REFERENCIAS

¹¹⁶ En la “dimensión sociedad civil”, entre otros sujetos, se encuentran los ciudadanos y las personas jurídicas no estatales.

¹¹⁷ Artículo 1º ley 24.284.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

ARIAS, Luis Federico. La alquimia, el derecho y la política, Res Pública Argentina. **RAP**, Junio-Septiembre, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BARRA, Rodolfo C. La resolución judicial de los denominados Conflictos de los Poderes. **Temas de Derecho Público**, RAP, Buenos Aires, 2008.

BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2 ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13º año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1979.

LÓPEZ GUERRA, Luis. **Democracia y división del poder**: La democracia post-liberal. Madrid: José Félix Tezanos ed., 1996.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: Aportación a la sociología política Colección Teoría Social. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MONTI, Laura. Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación. In: **Cuestiones de Control de la Administración Pública**: Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: Iustel, 2009.

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discrecionalidade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

ORTEGA, Luis. El reto dogmático del principio de eficacia. **Revista de Administración Pública española**, n 133, ene/abr 1994.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. A legitimidade da jurisdição constitucional do processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

PETER SCHNEIDER, Jeans. **Estructuras de la unión administrativa europea**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Nuevos órganos de control en la Constitución. In: **La Reforma de la Constitución**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21 ed. País: Dalloz, 2006.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: El debate Hart–Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

RUFFERT, Matthias. **De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea**: la unión administrativa europea. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

SAGÜES, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SALOMONI, Jorge Luis. Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales. In: **Jornadas sobre cuestiones de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

SPOTA, Alberto Antonio. Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. **Comentarios a la Constitución**. Buenos Aires: Editorial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995.

VANOSI, Jorge Reinaldo A; DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.